

ZAPALA, de Abril de 2.006.

Y VISTAS: Las presentes actuaciones caratuladas: “STEMPELET OSCAR LUICIO Y OTROS S/ HURTO DE GANADO AGRAVADO, etc”, Expte. 3424 fº 852 año 2005, del Registro de esta Cámara de Juicio en lo Criminal; y

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 308/315, el Sr. Defensor de Cámara DR. MIGUEL ENRIQUE MANSO, plantea la inconstitucionalidad del Art. 167 quater del C.P., por considerarlo contrario al principio de razonabilidad que deben observar las leyes, conforme a lo normado por los Art. 28 de la Constitución Nacional y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto disponen que nadie será sometido a “penas crueles”, las que adquieren tal carácter cuando es irrazonable por ser contraria al sentido común jurídico, en función de la relación entre el bien jurídico tutelado y el medio utilizado a dicho fin.

Expresa que la razonabilidad de los actos surge de lo que se denomina “debido proceso legal”, el que tiene dos modalidades; una el debido proceso legal adjetivo o de forma, que no le merece observación alguna, y el debido proceso substantivo, que es el que interesa en esta instancia. Cita al respecto a Quiroga Lavié, en su obra “Derecho Constitucional” que considera que la incompatibilidad entre la Constitución y las leyes, se produce cuando éstas violentan el sentido común establecido en las normas superiores.

Destaca que de remontarse al debate parlamentario para conocer los motivos y fundamentos que tuvieron los legisladores para sancionar la norma cuestionada, no surgen de los debates de una y otra Cámara, consideraciones técnicas respecto a resaltar las razones jurídicas por lo cual se introducen estas modificaciones.

Acto seguido, analiza pormenorizadamente el artículo publicado por Rubén E. Figari “El hurto Campestre, el abigeato, sus agravantes y normas conexas, ley 25890”, quien aborda el tema de la inconstitucionalidad de la norma atacada. Cita también, en apoyo de su postura, jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y de nuestro país.

Al darse traslado al Sr. Fiscal de Cámara, en su dictamen de fs. 317/318, expresa que el Sr. Defensor no explica en su extensa exposición, cual de los aspectos resulta inconstitucional, a cual de los incisos se refiere, o si se refiere a la pena prevista por esa norma.- Sin embargo, reconoce que el principio de razonabilidad de la criminalización que provienen de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos, exige que guarde cierta proporcionalidad con la magnitud del bien jurídico que se protege y con la culpabilidad; entendiéndose que es necesario que el tribunal que ha de revisar la finalidad legislativa, indague sobre la verdadera finalidad de la regla o medida. Pero el hecho de que la pena sea severa o que se prevean situaciones delictivas en particular, no torna por sí sola irrazonables ni las penas conminadas, ni las situaciones previstas. Por otro lado, sostiene que la deficiente o defectuosa argumentación legislativa, no quita valor a los bienes jurídicos protegidos, por lo que, por ser de tanta importancia para la comunidad, merecen una protección esmerada y específica. Por tales motivos, se expide por el rechazo del planteo.

II.- Liminariamente corresponde señalar que tal como ha sostenido de manera reiterada nuestra Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, debiendo declararse únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Conf. Fallos: 226:668; 242:73; 285:369; entre muchos otros).-

Si bien el Sr. Defensor de Cámara no hace distinción alguna, tal como lo expone el Ministerio Público Fiscal, en los presentes actuados los imputados han sido traídos a juicio atribuyéndoseles conductas antijurídicas cuya calificación legal fue determinada conforme al requerimiento de elevación a Juicio en el art. 167 quater inc. 2 y 6, por lo que en éstos cabe centrar el análisis de rigor.-

Pues bien, el detenido análisis de la cuestión ha llevado a compartir el pedido de la asistencia técnica del imputado Oscar L. Stempellet, por encontrar que la forma agravada de la figura delictiva del abigeato descrita en el Art. 167 quater de nuestro Digesto Penal en los incisos referidos resulta manifiestamente contraria a la Carta Magna nacional por vulnerar el Art. 18 y los Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a ella en el Art. 75 inc. 22Y ello es así porque la norma puesta en crisis por nuestro Curial Oficial aparece desproporcionada en relación a la escala punitiva que prevee.

El nuevo artículo 167 quater que alberga el capítulo II bis establece una nueva pena que va de cuatro a diez años de prisión o reclusión cuando se dieran seis de los agravantes detallados en el caso de la perpetración del abigeato.

Es de destacar, que en los antecedentes parlamentarios simplemente se menciona la gravedad de la problemática del abigeato sin hacer mayores disquisiciones, reduciéndose en la Cámara de Senadores, a tratar sobre tablas el mensaje y proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo con las modificaciones implementadas y se vota sin más con la sola intervención de la senadora Paz quien manifiesta su beneplácito por la aprobación como así también por el aumento de las penas para que el delito no sea excarcelable; ocurriendo algo similar en la Cámara de Diputados, cuya discusión tendió a jerarquizar la protección del bien “ganado” y procurar con el aumento de penas la no excarcelación de los presuntos autores de los ilícitos que se cometan con respecto a dicho bien.

Siendo ello así, es evidente la desproporcionalidad punitiva que se advierte en las agravantes precedentemente mencionadas del Art. 167 quater, pues si se observan delitos contenidos en los capítulos cuyo bien jurídico es, por ejemplo, la vida, en la tentativa de homicidio, según la teoría que se adopte para computar la pena (Art. 44 CP) en una, que sustenta el criterio de la operación hipotética podría dar lugar a que la

pena mínima fuera igual o inferior a la vista en el agravante. En tanto que otra postula, según su interpretación, para el caso de la tentativa una escala que va entre cuatro años y dieciséis años y ocho meses, es decir que en ese caso se encuentran equiparadas las penas mínimas para la tentativa del homicidio con las agravantes en examen, ocurriendo en forma similar con el delito de aborto sin consentimiento, lesiones graves y gravísimas, el homicidio y lesiones en riña, etc.(Conf. “El hurto Campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas” (ley 25890)- Ruben Figari-pag. 17/18- [www.terragnijurista.com.ar /doctrina/el\\_hurto.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/el_hurto.htm)). La lista de delitos con los que puede compararse es muy extensa y exceden con amplitud los que acaban de mencionarse.

Todo ello, demuestra indudablemente la desproporcionalidad e irrazonabilidad punitiva de la norma que se cuestiona con relación a otros delitos de mayor relevancia social y advertir que pueden estarse vulnerando principios de raigambre constitucional.

“En efecto, (se continúa exponiendo en obra citada de pg. 18 y ss) señala Gelli al comentar el Art. 28 de la Constitución Nacional que junto con el principio de legalidad, el principio de razonabilidad completa la estructura de limitación del poder, y citando a Linares entiende que la razonabilidad de las leyes constituye una garantía innominada del debido proceso y aunque la razonabilidad, como así también la constitucionalidad, se presumen en las normas emanadas de las autoridades legítimas, sobre ella se puede predicar lo contrario mediante una sentencia judicial, pues la irrazonabilidad constituye una especie de inconstitucionalidad”.

“En similar línea de interpretación se manifiesta Bidart Campos pues realiza idéntica dicotomía entre lo que es el principio de legalidad formal y material al aseverar que el principio de legalidad es esencialmente formalista en cuanto exige la “forma” normativa de la ley para mandar o prohibir, pero además la constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley constitucional, de modo que no alcanza con la formalidad de dicha ley sino que es menester que el contenido responda a ciertas pautas de valores suficientes, de allí que se hace imperioso dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad acudiendo al valor justicia que constitucionalmente se traduce en la regla del principio de razonabilidad”.

“Así, la jurisprudencia nos muestra el ejercicio de control de razonabilidad de leyes y actos estatales, y los descalifica como arbitrarios cuando hieren las pautas de justicia insitas en la constitución. Los jueces verifican el contenido de la ley más allá de su forma, permitiéndose aseverar que el principio formal de legalidad cede al principio sustancial de razonabilidad, y que la ley no es razonable (o sea es arbitraria) resulta inconstitucional. Lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad(...)”.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Martínez José A.” (C.S.Junio 6-1989. con nota de Salvador F. Scime DJ 1990- 1, p.145) con el voto mayoritario de los Dres. Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Jorge Bacque también declaran la inconstitucionalidad del Art. 38 del decreto = ley 6582/58 fundándose en la vulneración de los Arts. 16, 28 y 33 pues normas como la aludida “ponen de relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional fundado en los Arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado(ver en

sentido coincidente el fallo de la Corte Suprema Estadounidense “in re” “Solem v. Helm” 463 U.S. 277, 77 L 2. ed., p. 637 y sus citas”(cons 10). “Que por otra parte esta Corte ha sostenido reiteradamente que cabe ponderar la arbitrariedad y la razonabilidad de las decisiones de quienes ejercen el poder Legislativo, a efectos de impugnarlas como inconstitucionales(Fallos: T. 112,p.63; T.118,p.278; t. 150, p. 89; t. 181, p. 264; T. 257, p. 127; T. 261, p. 409; T. 264, p. 416) Y que por otra parte, establecida la irrazonabilidad o iniquidad manifiesta de aquellas, corresponde declarar su inconstitucionalidad (Fallos T. 150, p. 89; T. 171, p. 348; T. 199, p. 483; T. 200, p. 450; T. 247, p. 121; T. 249, p. 252; T. 250, p. 418; T. 256, p. 241; T. 263, p. 460; T. 302, p. 456) “ (cons. 11) (del voto del Dr. Carlos S. Fayt). Si bien la corte en la causa “Paupelis Maria Cristina y otros s/ robo con armas” de 14/5/91 con otra integración cambia de criterio conservando las disidencias de Fayt y Petrachi, admite que son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (Art. 18 C.N), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (cons.8). Refieren que la proporcionalidad no puede resolverse en forma matemática sino que exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho”.

“Paradójicamente, ahora se privilegia el abigeato, ya que se da una situación similar con respecto a la agravante que se critica pues la pena conminada -4 a 10 años de reclusión o prisión- para las circunstancias agravatorias previstas en los seis incisos, solo es superada por el robo con resultado de homicidio (Art. 165), el robo en el que se causaren las lesiones del Art. 90 y 91 (Art. 166 inc. 1) y por el robo cometido con armas, o en despoblado y en banda y si el arma utilizada fuera de fuego la escala penal se eleva en un tercio en su mínimo y en su máximo (Art. 166 inc. 2º y segundo párrafo),(...)”.

“En definitiva, se puede concluir que se está en presencia de una norma que afecta la Carta Fundamental por las razones que abundantemente se han expuesto (...) y que merece aun mayor rechazo pues prácticamente la finalidad de la elevación desmesurada de las penas se inscribe en un contexto de reacción ante el llamado “clamor popular” y la categoría de “delitos no excarcelables”, (debiendo destacarse que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han entendido que la prisión preventiva no tiene carácter punitivo sino preventivo o cautelar de modo que no puede ser pensada en términos de respuesta o reacción ante una conducta delictiva sino como una medida que tiende a asegurar el éxito del proceso penal, cuando se evita con ello que el imputado se fugue y de ese modo se frustre la prosecución del procedimiento y la ejecución de la eventual condena. Siempre y cuando que los fines del proceso no pudieren ser asegurados en forma alternativa al encarcelamiento del imputado, ya que en definitiva el mismo reviste la condición de inocente)”.

Como ya ha sostenido éste Tribunal en autos “Pailacura Ricardo Jacinto s/ Portacion ilegítima de arma de fuego de uso civil” (RSD NRO.83 F. 183 AÑO 2005) con el voto del Dr. Rodeiro: “...Todo ello me lleva a compartir las críticas que realiza Guido S. Otranto en un excelente artículo publicado en la Revista “La Ley” el 22 de

julio del pasado año (nro. 140) en el que se destaca que la desmesurada pena pretendió evitar que en casos como estos el autor pueda ser excarcelado, desconociendo la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sostenido que “la prisión preventiva no debería tener carácter punitivo sino, clara es la redundancia, preventivo o cautelar. Es decir, que no debería ser pensada en términos de respuesta o reacción ante una conducta delictiva, sino como una medida que tiende a asegurar el éxito del proceso penal, en tanto evita que el imputado se fugue y de ese modo frustre la prosecución del procedimiento y la ejecución de la eventual pena”(Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 321:3630; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Suarez Rosero”, 12-11-97)”. También se criticó en el precedente citado, dictado por ésta Cámara (voto del Dr. Martínez), que resulta injustificado que la amplitud punitiva se haya fortalecido apartándose del fin de prevención especial que debe tener la norma persiguiendo como objetivo final la inexcusabilidad del delito.-

En consecuencia, corresponde hacer lugar al planteo formulado por el Sr. Defensor Oficial Dr. Miguel Manso y declarar la inconstitucionalidad de los inc. 2 y 6 del Art. 167 quater del Código Penal, debiéndose revocar el auto de procesamiento y prisión preventiva en relación a Gonzalo Alexis Valdebenito, Nestor Gabriel Rams, Nicolas Sebastián Alvarez y Marcos Moisés Valenzuela, ordenándose su inmediata libertad.

Asimismo, atento informes obrantes a fs. 261 y 263/271 de autos, y teniendo en cuenta que en el supuesto caso de imponerse condena no podrá imponerse condena de ejecución condicional (art. 26 C.P y 291 C.P.PyC), corresponde modificar el auto de procesamiento y prisión preventiva dispuesto oportunamente en relación a Rodrigo Martín Valdebenito y Oscar Lucio Stempelet, debiendo calificarse el hecho como Abigeato (art. 167 ter C.P.).-

Por ello,

SE RESUELVE:

I.-Hacer lugar al planteo efectuado por el Sr. Defensor de Cámara y DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 2 Y 6 DEL ART. 167 QUATER del Código Penal.-

II.- Revocar el auto de procesamiento y prisión preventiva dictado en relación a GONZALO ALEXIS VALDEBENITO, NESTOR GABRIEL RAMS, NICOLAS SEBASTIÁN ALVAREZ Y MARCOS MOISÉS VALENZUELA, disponiéndose su inmediata libertad.

III.- Modificar el auto de procesamiento y prisión preventiva dictada en relación a OSCAR LUCIO STEMPELET y RODRIGO MARTÍN VALDEBENITO, calificando el hecho atribuido como Abigeato (art. 167 ter. C.P.).-

IV.- Regístrese y Notifíquese, debiendo continuar los autos según su estado.-